

Tilburg University

Discussiëren over goederenrecht

van Dijck, G.; van den Heuvel, N.W.M.

Published in:
Tijdschrift voor Insolventierecht

Publication date:
2004

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Dijck, G., & van den Heuvel, N. W. M. (2004). Discussiëren over goederenrecht. *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 5, 191-200.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Mr. G. van Dijck en mr. N.W.M. van den Heuvel*

Discussiëren over goederenrecht**

In deze bijdrage stellen de auteurs zich de vraag of de wijze waarop over goederenrechtelijke vraagstukken wordt gediscussieerd, zinvol is. Discussies richten zich voornamelijk op de vraag of danwel hoe een constructie, handeling of instrument in overeenstemming met het goederenrechtelijk systeem kan worden gebracht. Omdat dit systeem onder druk staat, vragen de auteurs zich af of de discussies meer los zouden moeten komen van het bestaande goederenrecht en zo ja, wat dat betekent voor de toekomst van het goederenrecht en de wijze waarop daarover dient te worden gediscussieerd.

1. Inleiding

In juridisch onderzoek dat wijzigingen in de bestaande rechtsorde beoogt, staan in de regel twee vragen centraal: (1) *moet* het en (2) *kan* het? De *eerste vraag* ziet op de wenselijkheid van een constructie, handeling of instrument (hierna: oplossing), terwijl het er bij de *tweede vraag* om gaat of die oplossing past in of aansluit bij het bestaande systeem van regels. De ‘moet het’-vraag gaat daarbij logischerwijs aan de ‘kan het’-vraag vooraf.

Dit is niet anders voor de beantwoording van goederenrechtelijke vraagstukken. Zo gaat de vraag of het wenselijk is dat leveranciers voorrang verdienen (‘moet het?’) vooraf aan de vraag hoe die voorrang vorm dient te krijgen (‘kan het?’). Het goederenrecht heeft hiermee een instrumentele functie. Het verschaft schuldeisers instrumenten waarmee zij de wenselijk geachte voorrang kunnen effectueren. De vraag naar de wenselijkheid dient dus te worden onderscheiden van de vraag of de uitkomst daarvan is in te passen binnen het bestaande (goederenrechtelijk) systeem van regels.

Dit goederenrechtelijk systeem kenmerkt zich door de wijze waarop belangen van derden¹ worden beschermd. Terwijl van een obligatoire overeenkomst wordt gesteld dat deze in beginsel een relatieve werking heeft, dat wil zeggen alleen de contracterende partijen bindt, geldt voor een goederenrechtelijk recht dat deze absolute werking heeft en dus tegen eenieder kan worden ingeroepen.

De verstrekende gevolgen van absolute rechten dwingen tot een afbakening. Die afbakening krijgt thans vorm door de gedachte dat het voor eenieder duidelijk moet kunnen zijn met welke absolute rechten zij kunnen worden geconfronteerd.² Deze

* Mr. G. van Dijck is als onderzoeker verbonden aan het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht van de Universiteit van Tilburg. Mr. N.W.M. van den Heuvel is ten tijde van het schrijven van dit artikel als onderzoeker verbonden aan het Center for Company Law van de Universiteit van Tilburg en thans advocaat te Rotterdam.

** Met dank aan verschillende collega's.

¹ Onder het begrip derden verstaan wij personen die niet bij een oplossing partij zijn geweest.

² Een waarborg die daarmee samenhangt is het uitgangspunt dat absolute rechten met enige vorm van publiciteit moeten zijn omgeven, J. Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, Haarlem: Erven F. Bohn N.V. 1940, nr.257, H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2001, nr. 77 en 80.

gedachte komt tot uitdrukking in de *numerus clausus*, oftewel het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten³, wat meebrengt dat partijen niet naar believen goederenrechtelijke en dus absolute rechten in het leven kunnen roepen, maar dat zij gebonden zijn aan de in de wet genoemde goederenrechtelijke rechten. Het huidige BW beoogt dan ook een scherp onderscheid aan te brengen tussen goederenrechtelijke (absolute) en verbintenisrechtelijke (persoonlijke) rechten en tussen goederenrechtelijke rechten onderling.

2. Vraagstelling en opzet

In deze bijdrage richten wij ons op de vraag *of de wijze waarop over goederenrechtelijke vraagstukken wordt gediscussieerd, zinvol is*. Ten eerste omdat wij op die manier de rol van één van de spelers in het veld – de auteur – willen belichten. Ten tweede omdat wij constateren dat discussies zich vooral op de ‘kan het’-vraag concentreren en ons daarom afvragen of dit een geschikt object van onderzoek is, met andere woorden, of niet het goederenrecht zelf vaker ter discussie moet worden gesteld. Want als blijkt dat de praktijk niet of onvoldoende met het bestaande goederenrecht uit de voeten kan, of indien het voorzien in de behoeften van de praktijk het huidige goederenrecht in sterke mate onder druk zet, is het noodzakelijk het goederenrechtelijk systeem ter discussies te stellen en op zoek te gaan naar een beoordelingskader dat wél kan voldoen aan de eisen die de praktijk aan het goederenrecht stelt.

De opzet van dit artikel is als volgt. Wij beginnen te analyseren in hoeverre in debatten de ‘kan het’-vraag respectievelijk de ‘moet het’-vraag centraal staat (*par. 3*) en onderzoeken vervolgens of de praktijk voldoende uit de voeten kan met de bestaande en hiervoor genoemde uitgangspunten van het goederenrecht (*par. 4*). Daarna richten wij ons tot de vraag wat er gebeurt als de ‘moet het’-vraag centraal komt te staan: wat betekent dat voor de toekomst van het goederenrecht en de wijze waarop daarover dient te worden gediscussieerd (*par. 5*)? Tot slot besteden wij aandacht aan de rol die TvI in dit geheel in onze ogen kan vervullen (*par. 6*).

Wij beperken ons tot goederenrechtelijke instrumenten waarmee verhaalsposities kunnen worden versterkt, omdat dit aspect van het goederenrecht aansluit bij het thema van dit tijdschrift. Het is daarbij ondoenlijk om steeds uitgebreid te verwijzen naar literatuur en jurisprudentie. Dit is naar onze mening ook niet nodig, omdat we vaak doelen op bekende voorbeelden en ontwikkelingen. Wij volstaan dan ook zoveel mogelijk met korte verwijzingen.

3. Discussies in de literatuur

Het blijkt dat in debatten over goederenrechtelijke vraagstukken die in de literatuur worden en zijn gevoerd, de nadruk zelden ligt op de vraag of een oplossing ‘moet’ en vooral op de vraag of een oplossing ‘kan’. Wij illustreren het voorgaande aan de hand van een aantal voorbeelden. Die beslaan een groot gedeelte van deze bijdrage, maar

³ Art. 3:81 BW. Zie ook C.J. van Zeben en J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 310, C.J. van Zeben en J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 5, Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981, p. 12-15 en HR 3 maart 1905, W 8191 (*Blaauboer/Berlips*). Zie daarnaast ook de bepalingen over de bescherming van de verkrijger te goeder trouw (artt. 3:86, 3:88 en 3:36 BW).

zijn in onze ogen nodig om adequaat te illustreren hoe over het goederenrecht wordt gediscussieerd.

Betaling aan de gefailleerde ten gevolge van een (onmiskerbare) vergissing

Ontvanger/Hamm q.q.⁴ heeft vele pennen in beweging gezet. De casus van het arrest komt neer op de omstandigheid dat de Ontvanger per (onmiskerbare) vergissing aan een gefailleerde had betaald. De rechtbank oordeelt dat de curator terecht geen gehoor had gegeven aan het verzoek van de Ontvanger om het bedrag terug te betalen. De Hoge Raad casseert echter en oordeelt dat

‘het in overeenstemming met hetgeen in het maatschappelijk verkeer als betamelijk wordt beschouwd indien hij [de faillissementscurator, onze toevoeging] meewerkt aan het ongedaan maken van die vergissing’ (r.o. 3.4).

Het terugbetalen van het bedrag door de curator zou betamelijk zijn, omdat de crediteuren door de betaling ongerechtvaardigd waren verrijkt.

Het bijzondere aan dit arrest is dat de Hoge Raad de terugbetaling door de curator niet als een boedelschuld kwalificeert, maar als een ‘superboedelschuld’, in die zin dat de curator het bedrag buiten de boedel om moet voldoen. De Hoge Raad kent hiermee de per vergissing betalende schuldeiser een niet in de wet vastgelegde voorrang toe.

De uitspraak staat daarmee op gespannen voet met het wettelijk preferentiestelsel, wat voor een aantal auteurs aanleiding is het oordeel te verwerpen.

‘Het is aan de wetgever om de belangen van elke (boedel)schuldeiser tegen die van de overige (boedel)schuldeisers af te wegen en op grond daarvan al dan niet een voorrang toe te kennen (waarbij verrijkingsgedachten uiteraard een rol kunnen spelen). De wetgever heeft aan de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking geen voorrang willen verbinden’.⁵

Dat het primaat uiteindelijk bij de wetgever ligt, onderschrijven wij, maar hiermee is nog niets gezegd over de vraag of een curator een betaling die het gevolg is van een vergissing ongedaan *behoort* te maken en zo ja, onder welke voorwaarden dat dient te gebeuren en wat de gevolgen ervan behoren te zijn.

Degenen die zich op het wettelijk preferentiestelsel beroepen, menen dat de uitspraak niet ‘kan’. Zij stellen niet veel meer dan dat de Hoge Raad iets doet dat in strijd is met dat stelsel, met andere woorden, dat de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak te buiten gaat omwille van de billijkheid en ten koste van de rechtszekerheid. Al zou dat het geval zijn, dan nog wordt het probleem hiermee louter verplaatst. In de kern blijft de vraag hetzelfde, alleen hoeft nu niet de auteur, maar moet de wetgever haar beantwoorden.

Anderen verwerpen het oordeel van de Hoge Raad door te wijzen op de gebrekkige motivering van het arrest.⁶ Zij vragen zich af wat de uitkomst betekent voor het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking en concluderen dat de Hoge Raad ‘jungleert’ met het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking. Ook hier blijft

⁴ HR 5 september 1997, NJ 1998, 437 (Ontvanger/Hamm q.q.).

⁵ F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 187-188. Voorts S.C.J.J. Kortmann, ‘Onverschuldigde betaling aan de curator, WPNR 6171 (1995), p. 159-160.

⁶ Bijv. N.E.D. Faber in zijn JOR-noot bij JOR 1997, 102; E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, ‘De vordering uit ongerechtvaardigde verrijking; géén billijkheidsactie! Het hek moet weer op de dam...’, NTBR 1998/9, p. 309-324.

het de vraag of en zo ja onder welke voorwaarden en met welke gevolgen een curator een betaling die het gevolg is van een vergissing ongedaan behoort te maken.

Voorts zijn er auteurs die de bereikte uitkomst blijkbaar wenselijk achten en zich in allerlei bochten wringen om de uitspraak toch bij het wettelijk preferentiestelsel aan te laten sluiten. De oplossingen getuigen van veel inventiviteit.

Zo stelt Van Schilfgaarde dat het in *Ontvanger/Hamm* q.q. niet zou gaan om een betaling, maar om een administratieve vergissing.⁷ De curator handelt dan, zo is zijn visie, in overeenstemming met de maatschappelijke zorgvuldigheid wanneer hij toestaat dat de vergissing onmiddellijk ongedaan wordt gemaakt. De curator kan in zijn ogen daarentegen ook het bedrag aan de boedel toevoegen, waarmee de vordering concurrent wordt. Op die manier houdt het wettelijk preferentiestelsel stand.

Minstens zo inventief is de oplossing van Nieskens. Zij stelt dat de ongerechtvaardigde verrijking een pendant is van de revindicatie.⁸ De Ontvanger kan in haar visie het betaalde revindiceren, waarmee zij bereikt dat

‘[a]rgumenten met betrekking tot de betamelijkheid, de redelijkheid en billijkheid, behoeven niet in stelling [hoeven] te worden gebracht. Het systeem van de wet brengt mee dat de regels van voorrang en de faillissementswetgeving in het algemeen, niet van toepassing zijn’.

Wie niet expliciteert welke vraag hij of zij aan het beantwoorden is, kan de indruk wekken dat hij of zij de vraag naar de wenselijkheid van de uitkomst (‘moet het?’) en de vraag of de uitkomst in het goederenrechtelijk stelsel past (‘kan het?’) niet onderscheidt, in die zin dat het antwoord op de ‘kan het’-vraag wordt gebruikt voor de beantwoording van de ‘moet het’-vraag. Dit zou een methodologische fout betekenen, in die zin dat uit dat wat ‘is’ conclusies worden getrokken voor de vraag wat ‘zou moeten’.

Het is methodologisch juist om, zoals Schoordijk, de diverse zaken scherp te onderscheiden. Zo vindt Schoordijk dat de oplossing ‘moet’:

‘[z]elf heb ik het (...) altijd vanzelfsprekend gevonden dat een onverschuldigde betaling aan een curator onverwijld en onverkort moest worden terugbetaald’⁹

maar niet ‘kan’. Zo zou het niet aan de Hoge Raad, maar aan de wetgever zijn om voorrang toe te kennen:

‘[d]e wetgever en niet de rechter dient de belangen van schuldeisers bij een preferentie af te wegen. Het opvoeren van zgn bijzondere gevallen (...) behoort *hier* niet tot de taak van de rechter’.¹⁰

Ook ‘kan’ de motivering bij het arrest niet, omdat zij niet aan zou sluiten bij het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking:

‘[v]oorts wordt op een weinig solide wijze met de verrijkingsgedachte gejongleerd’¹¹.

⁷ P. van Schilfgaarde in zijn NJ-noot bij HR 5 september 1997, *NJ* 1998, 437 (*Ontvanger/Hamm* q.q.).

⁸ B.W.M. Nieskens-Ispording, *De Ontvanger/Hamm en het scheermes van Occam* (afscheidsrede Tilburg), Deventer: Kluwer 1998, i.h.b. p. 16 e.v.

⁹ H.C.F. Schoordijk, a.w., p. 15. Andere voorstanders zijn bijv. E.W.J.H. de Liagre Böhl in zijn JOR-noot bij *JOR* 1997, 102.

¹⁰ H.C.F. Schoordijk, a.w., p. 13.

¹¹ H.C.F. Schoordijk, a.w., p. 16.

Het onderscheid tussen de ‘kan het’ en ‘moet het’-vraag, zoals Schoordijk dat aanbrengt, voorkomt dat discussies onoverzichtelijk en onzuiver worden, in die zin dat de kans op het gebruik van oneigenlijke argumenten afneemt. Hierdoor wordt bijvoorbeeld voorkomen dat kritiek op de rechtsvormende taak van de rechter (‘kan het?’) wordt gebruikt om de vraag naar de wenselijkheid van een goederenrechtelijke regel (‘moet het?’) te beantwoorden, of dat de gebrekkige motivering van het arrest (‘kan het?’) dient als argument ter verwerping van de oplossing (‘moet het?’).

Maatschappelijke belangen en de curator

In de Sigmacon- en Maclou-uitspraken doet de Hoge Raad iets vergelijkbaars als in Ontvanger/Hamm q.q. Hij oordeelt dat een faillissementscurator niet alleen rekening moet houden met belangen van schuldeisers, maar ook

‘belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid (...) in zijn beleidsafweging heeft te betrekken’ (r.o. 3.6).¹²

Opnieuw oordeelt de Hoge Raad in strijd met het wettelijk preferentiestelsel van de artt. 3:277 BW e.v. Terwijl art. 3:278 BW eist dat voorrang en voorrechten uit in de wet aangegeven gronden moeten voortvloeien en terwijl maatschappelijke belangen niet door de wet als zodanig worden aangemerkt, acht de Hoge Raad het desondanks gerechtvaardigd dat belangen van (individuele) schuldeisers kunnen wijken voor niet in het preferentiestelsel opgenomen doeleinden als maatschappelijke belangen.

Het debat dat volgt, is door A. van Hees elders in dit lustrumnummer beschreven. In dat debat is – opnieuw – een veelgehoord argument dat in het bestaande faillissementsrecht de belangen van de crediteuren, zoals die in de wet zijn vastgelegd, voorop staan en dat andere belangen slechts een rol kunnen spelen voor zover ze van nut zijn voor de belangen van de crediteuren.¹³ Kortom, de uitkomsten in Sigmacon en Maclou ‘kunnen’ niet.

Anderen besteden weliswaar aandacht aan de vraag of curatoren met belangen van maatschappelijke aard ‘moeten’ houden, maar beantwoorden deze vraag ontkennend met de stelling dat het voor curatoren dan onduidelijk en te moeilijk zou worden.¹⁴

Wij treffen slechts twee beschouwingen aan waarin op fundamentele wijze op de ‘moet het’-vraag wordt ingegaan. De eerste is afkomstig van Snijders, die laat zien dat het rekening houden met maatschappelijke belangen aansluit bij de solidariteitsgedachte, die zich in het faillissementsrecht manifesteert in de vorm van gezichtspunten als de continuïteit van de onderneming en het behoud van werkgelegenheid.¹⁵ De tweede fundamentele beschouwing komt van A. van Hees, die de ‘kan het’ en de ‘moet het’-vraag expliciet onderscheidt en aan de hand van faillissementsstatistieken duidelijk maakt dat de ‘recovery rate’ in een faillissement

¹² HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 (*Sigmacon II*). Verg. HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 (*Maclou/Prouvost*).

¹³ Bijv. S.H. de Ranitz, ‘Crediteurenbelang versus “andere belangen”’, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*, p. 197-199 met verdere verwijzingen en F.M.J. Verstijlen, a.w., p. 152-154 (noot 5), met verdere verwijzingen, i.h.b. noot 20.

¹⁴ Zie (uitgebreider) de bijdrage van A. van Hees in dit nummer. Voorts S.H. de Ranitz, a.w., p. 189 (noot 13); R.D. Vriesendorp, ‘De taak van een curator’, *TvI* 1995/5, p. 117.

¹⁵ W. Snijders, ‘Concursus creditorum en de verdelende rechtvaardigheid in het privaatrecht’, in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron, A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom 2003, p. 272-281.

dermate laag is dat het niet langer reëel is om de belangen van schuldeisers in alle gevallen voorop te stellen.¹⁶

Leasing

Het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 BW verbiedt overdracht tot zekerheid, dat wil zeggen overdracht ten titel van verhaal, ertoe strekkend de verkrijger in zijn verhaalsbelangen te beschermen.

Door de invoering van dit verbod in 1992 drong de vraag zich op of in de praktijk bestaande constructies gehandhaafd konden blijven. Een voorbeeld van zo'n constructie is 'financial lease'. Dit is een vorm van objectfinanciering waarin de leasemaatschappij bedrijfsmiddelen van de lessee financiert.¹⁷ Partijen kiezen voor deze vorm van financiering vanwege balanstechische overwegingen, fiscale motieven of subsidieregelingen.¹⁸ De lessee gebruikt de gefinancierde bedrijfsmiddelen gedurende de looptijd van de lease, terwijl de eigendom ervan bij de leasemaatschappij berust. Dit wordt gerealiseerd doordat de leasemaatschappij de goederen aanschaft en deze vervolgens in gebruik geeft aan de lessee (directe en indirecte lease).

Een andere manier om soortgelijke zekerheid te verkrijgen is 'sale and lease back'.¹⁹ Dit houdt in dat de lessee de betreffende goederen overdraagt aan de leasemaatschappij, die de goederen vervolgens 'terugleest' aan de lessee.

Met name de figuur 'sale and lease back' doet denken aan de verboden overdracht tot zekerheid. Hiervan oordeelt de Hoge Raad in het Sogelease-arrest dat een dergelijke constructie de toets aan het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 BW doorstaat, mits sprake is van een 'werkelijke overdracht', in die zin dat het goed zonder beperkingen op de verkrijger overgaat en deze hem meer verschaft dan slechts een recht op een goed dat hem in zijn belang als schuldeiser beschermt.²⁰ Aan deze eis is bij 'sale and lease back' in de regel voldaan: wanneer de lessee wanpresteert zijn de bevoegdheden van de leasemaatschappij niet beperkt tot het te gelde maken van de betreffende goederen teneinde zich uit de opbrengst te voldoen.

Terwijl er al vóór het Sogelease-arrest beschouwingen waren geweest over de vraag of leaseconstructies onder het fiduciaverbod stand zouden gaan houden ('kan het?')²¹, vraagt men zich na Sogelease af of de belangen van de lessee en zijn crediteuren voldoende worden beschermd ('moet het?'). Zo menen Kortmann en J.J. van Hees dat het goederenrecht, althans op het punt van leasing, na Sogelease terug bij af is, dat wil zeggen terug bij het Bierbrouwerij-arrest uit 1929, waarin overbedeling was gelegaliseerd.²² Die overbedeling is, aldus Kortmann en J.J. van Hees, in na het Bierbrouwerij-arrest verschenen jurisprudentie 'via een lange en

¹⁶ Zie zijn bijdrage elders in dit nummer.

¹⁷ J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 16.

¹⁸ J.J. van Hees, a.w., p. 10.

¹⁹ J.J. van Hees, a.w., p. 55.

²⁰ R.o. 3.4.3 van HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119 (*Sogelease*).

²¹ Zie over de vraag of lease past in het goederenrechtelijk systeem de beschouwingen van H.W. Heyman, 'De reikwijdte van het fiducia-verbod. In het bijzonder in verband met leasing', *WPNR* 1994 (6119), p. 1-14, W.M. Kleijn, 'Conversie voor alle zekerheid. De reikwijdte van het fiducia-verbod', *WPNR* 1994 (6119), p.15-17 en S.C.J.J. Kortmann, 'Struikelt leasing over de dode letter art.3:84 lid 3 BW?', *WPNR* 1994 (6119), p. 18-23.

²² S.C.J.J. Kortmann en J.J. van Hees, 'Reïncarnatie in het recht, ofwel: de nieuwe gedaante van de zekerheidsoverdracht', *NJB* 1995/27, p. 994 en S.C.J.J. Kortmann en J.J. van Hees, 'Van fiducia-fobie naar fiducia-filie', *WPNR* 6187 (1995), p. 466 resp. HR 25 januari 1929, *NJ* 1929, 616 (*Bierbrouwerij*).

moeizame weg tot aanvaardbare proporties' teruggebracht. Zij pleiten er daarom (impliciet) voor de mogelijkheid tot overbedeling tegen te gaan door bijvoorbeeld de voor pand en hypotheek geldende verhaalsregels analoog toe te passen.

De reacties op dat voorstel richten zich met name op het verwerpen van deze en andere analogie(ën). De figuren pandrecht, eigendomsvoorbehoud en huurkoop zouden in juridische zin te veel van zekerheidsoverdracht verschillen, terwijl het opnemen van een beding dat een teruggaveverplichting van de overwaarde bij ontbinding behelst, strijdig zou zijn met het Sogelease-arrest.²³ De discussie strandt met een oproep aan de wetgever om duidelijkheid te verschaffen.²⁴

Het verloop van de hiervoor beschreven discussie verschilt van die bij Ontvanger/Hamm q.q. en Sigmacon. Zij richt zich aanvankelijk tot de 'moet het'-vraag, maar onttaart in een debat waarin technisch-juridische argumenten de overhand hebben en dat daardoor weinig meer met de kern van de zaak te maken heeft. Het valt moeilijk in te zien hoe technisch-juridische verschillen tussen rechtsfiguren – het zijn niet voor niets verschillende rechtsfiguren – een antwoord kunnen verschaffen op de vraag of en hoe bij zekerheidsoverdracht verhaalsbelangen van de lessee en zijn crediteuren dienen te worden beschermd. Met bijvoorbeeld de constatering dat analogie van sale and lease back met pandrecht niet opgaat, is niet gezegd dat overbedeling van de lessor toelaatbaar is.

Kwaliteits- en derdenrekeningen

De notariële kwaliteitsrekening werd door de Hoge Raad in 1984 erkend en later in art. 25 WNA gecodificeerd.²⁵ Aan deze en vergelijkbare derdenrekeningen bestaat behoefte wanneer tegoeden op een bankrekening voor een bepaald doel of een bepaalde persoon zijn bestemd. Een in het oog springend voorbeeld is de notaris die een koopsom van een koper van onroerend goed op een derdenrekening onder zich houdt en haar aan de verkoper uitbetaalt wanneer de koopovereenkomst is voltooid. Hiermee creëert men een afgescheiden vermogen dat buiten een eventueel faillissement van de notaris valt.

Het afgescheiden vermogen van de notariële kwaliteitsrekening maakte tot de codificatie in art. 25 WNA een inbreuk op de numerus clausus. De belanghebbende had immers een niet in de wet vastgelegd absoluut (goederenrechtelijk) recht dat hij in een faillissement van de notaris tegen eenieder kon inroepen. Ondanks de inbreuk op het goederenrechtelijk systeem is de wenselijkheid van een notariële kwaliteitsrekening kennelijk evident: aan een notaris toevertrouwde gelden mogen niet in diens faillissement verdwijnen.

In de literatuur richt men zich dan ook vooral op de vraag hoe aan figuren als de kwaliteitsrekening het beste vorm kan worden gegeven.²⁶ Centraal daarbij staat het rechtskarakter van de notariële en vergelijkbare derdenrekeningen, zoals de

²³ Bijv. A.F. Salomons, 'Nogmaals sale and lease back: in beginsel geen voordeelsafdracht door de lessor bij ontbinding van de leaseovereenkomst', *WPNR* 6204 (1995), p. 821-822; T.H.D. Struycken, 'Afdracht van overwaarde sinds Sogelease', *WPNR* 6215 (1996), p. 179-180; A.F. Salomons, 'Reactie', *WPNR* 6237 (1996), p. 653-654; T.H.D. Struycken, 'Afdracht van overwaarde: art. 7A:1576t BW geconfronteerd met het Sogelease-arrest', *WPNR* 6237 (1996), p. 655-658.

²⁴ T.H.D. Struycken, a.w., p. 658 (noot 23); vgl. A.F. Salomons, 'Herwonnen zekerheid: de Hoge Raad kiest voor beperkte uitleg van het fiduciaverbod', *TvI* 1995/4, p. 88-89.

²⁵ HR 3 februari 1984, *NJ* 1984, 752 (*Slis-Stroom*)

²⁶ E.C.M. Wolfert, 'Van Slis-Stroom (1984) tot Coöperatie Beatrixziekenhuis/ProCall (2003); einde van een tijdperk?', *WPNR* 2003 (6541), p. 560 (voorts p. 559-563 voor verdere verwijzingen) jo. A.F. Salomons, 'Art. 25 Wet op het Notarisambt en de bijzondere notariële kwaliteitsrekening (HR 12 januari 2001, *RvdW* 2001, 29)', *WPNR* 6442 (2001), p. 358-359.

derdenrekening voor gerechtsdeurwaarders (art. 19 Gerechtsdeurwaarderswet) en de Stichting Derdengelden van advocaten.²⁷ Het gevolg is een oerwoud aan literatuur over vragen als wie rechthebbende is en of de rekeninghouder optreedt als middellijk of onmiddellijk vertegenwoordiger.²⁸

Er wordt echter weinig aandacht geschonken aan de vraag onder welke voorwaarden en omstandigheden een derdenrekening *in het algemeen* moet worden toegestaan, dat wil zeggen buiten de hierboven genoemde gevallen. In de literatuur²⁹ worden weliswaar eisen genoemd als maatschappelijke noodzaak en het vertrouwen van het publiek in een goede afloop van de afwikkeling van een transactie, maar die geven nog weinig concrete aanknopingspunten. Want bestaat die maatschappelijke noodzaak bijvoorbeeld ook wanneer een veelgevraagd arbiter een derdenrekening onderhoudt?³⁰

Weinig duidelijkheid biedt ook het arrest van de Hoge Raad in 2003, waarin hij moet oordelen over de vraag of met het aanhouden van een rekening door een factuureer- en incassodienst ten behoeve van diens opdrachtgever een afgescheiden vermogen is gecreëerd.³¹ De Hoge Raad stelt van niet, omdat een uitzondering op de paritas creditorum slechts kan worden aanvaard wanneer daar een wettelijke grondslag voor bestaat. Met de in 1984 gemaakte uitzondering moet, aldus de Hoge Raad, gezien de rechtszekerheid en de belangen van het financieringsverkeer, terughoudend worden omgegaan. Opnieuw blijven belangrijke vragen onbeantwoord. Wat zijn de belangen van het financieringsverkeer? Tegen welke belangen moeten die worden afgezet? En hoe zwaar wegen die andere belangen?

Conclusie

Wij constateren dat discussies over goederenrechtelijke vraagstukken zich in overwegende mate richten op de vraag of een oplossing ‘kan’, terwijl de vraag of een oplossing ‘moet’ vaak niet of slechts zijdelings wordt beantwoord. Soms is het ook onduidelijk of men het over de ‘kan het’ of over de ‘moet het’-vraag heeft, omdat dit niet of onvoldoende wordt geëxpliciteerd.

4. De praktijk blijkt sterker dan de leer...

Het zich richten op de ‘kan het’-vraag veronderstelt dat het bestaande goederenrechtelijk systeem ‘moet’, met andere woorden, dat het op adequate wijze kan voorzien in de behoeften van de praktijk. Maar is die veronderstelling terecht? Het blijkt namelijk dat de praktijk niet met het bestaande goederenrecht uit de voeten kan. Ten eerste omdat oplossingen die zich niet of moeilijk met het goederenrechtelijk systeem laten verenigen, maar waar in de praktijk behoefte aan is, toch vaak in dat systeem worden ingepast. Ten tweede omdat de numerus clausus geen adequaat beoordelingskader blijkt te zijn om de bij een oplossing betrokken belangen te

²⁷ Bijv. H.C.F. Schoordijk, *De notariële en andere derdenrekeningen*, Deventer: Kluwer 2003. Voorts R.M. Avezaat, *De kwaliteitsrekening*, Deventer: Tjeenk Willink 2002, p. 16-26, met een overzicht van vele opvattingen. Volgens ook E.C.M. Wolfert, ‘Van Slis-Stroom (1984) tot Coöperatie Beatrixziekenhuis/ProCall (2003); einde van een tijdperk?’, *WPNR* 2003 (6541), p. 560.

²⁸ Zie de in de voorgaande noot genoemde werken voor vele verwijzingen.

²⁹ R.J. Tjittes, ‘Verbintenisrechtelijke en andere aspecten van de kwaliteitsrekening’, in: E. Dirix en R.D. Vriesendorp (red.), *Inzake kwaliteit*, Deventer: Kluwer, p. 23 en aldaar genoemde verwijzingen.

³⁰ Dit voorbeeld is ontleend aan H.C.F. Schoordijk, *De notariële en andere derdenrekeningen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 65.

³¹ HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196 (*Coöperatie Beatrixziekenhuis/ProCall*).

beschermen en rechters daarom op zoek gaan naar een ander beoordelingskader. De praktijk blijkt sterker dan de leer.

4.1 Het toelaten van constructies waar in de praktijk behoefte aan is, zet het goederenrechtelijk systeem onder druk

Een belangrijk kenmerk van het bestaande goederenrechtelijk systeem is dat een strikt onderscheid is beoogd tussen eigendom en beperkte rechten als pand en hypotheek. Dat onderscheid is aangebracht omdat eigendom aan schuldeisers meer rechten zou kunnen geven dan voor het beoogde doel – het verschaffen van zekerheid – nodig zou zijn.³² Zo was Meijers van mening dat

‘[w]ie een goed tot zekerheid van een schuld wil overdragen, moet een pandrecht vestigen (...)’.³³

Een schuldeiser mag zich slechts zekerheid verschaffen, zo was de gedachte, door het vestigen van een pand- of hypotheekrecht.

Dat een scherp onderscheid tussen eigendom en beperkte rechten is beoogd, komt vooral tot uitdrukking in het in 1992 ingevoerde en in art. 3:84 lid 3 BW neergelegd fiduciaverbod, dat overdracht tot zekerheid beoogt te verbieden.

Door de invoering van het fiduciaverbod in 1992 rees als gezegd de vraag of constructies als ‘financial lease’ en ‘sale and lease back’ na 1992 gehandhaafd zouden kunnen blijven. De Hoge Raad biedt in Sogelease die mogelijkheid en houdt daarbij het onderscheid tussen eigendom en beperkte rechten met technisch-juridische argumenten intact. Het fiduciaverbod komt daarmee onder druk te staan. Want ‘sale and lease back’ is in feite een vorm van zekerheidsoverdracht: de leasemaatschappij verkrijgt door de overdracht immers een eigendomsrecht en dat is meer dan voor het verschaffen van zekerheid nodig is. Dat men met letterknechterij het Sogelease-arrest in overeenstemming kan brengen met het fiduciaverbod, doet in onze ogen niets aan af aan de kern van de zaak, te weten dat een vorm van zekerheidsoverdracht is toegestaan.

Het fiduciaverbod komt verder onder druk te staan door de erkenning van bijvoorbeeld financiële zekerheidsovereenkomsten, zoals ‘repos’, ‘securities lending’ en ‘swaps’.³⁴ Dit zijn overeenkomsten op grond waarvan de zekerheidsnemer financiële zekerheid krijgt van de zekerheidsgever in verband met de nakoming van zijn verplichtingen jegens de zekerheidsnemer.³⁵ De zekerheid bestaat bijvoorbeeld uit effecten of uit een rekening geboekte gelden (‘cash’).

³² Vgl. E.M. Meijers, *Eigendomsoverdracht tot zekerheid* (preadvies uitgebracht voor de jaarlijkse vergadering van de broederschap der notarissen in Nederland, 1936, p. 276-277, die naast dit bezwaar tegen de eigendomsoverdracht tot zekerheid nog als bezwaren noemt dat het accessoire karakter van zekerheidsrechten niet goed uit de verf komt, dat meervoudige fiduciaire overdracht niet mogelijk is, het gebrek aan openbaarheid en het feit dat er door het ruime gebruik van deze figuur weinig verhaalsobjecten voor bijvoorbeeld financiers overblijven. Deze laatste twee bezwaren zijn uiteindelijk niet ondervangen door de invoering van het stille pandrecht als alternatief voor de overdracht tot zekerheid.

³³ Parl. Gesch. Boek 3, p. 317.

³⁴ Art. 2a Wte vermeldt dan ook uitdrukkelijk dat het bij genoemde transacties niet gaat om overdracht tot zekerheid.

³⁵ Zie voor een duidelijke uitleg van dergelijke transacties T.R.M.P. Keijser, ‘De Collateral Richtlijn’ in: S.C.J.J. Kortmann (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 167.

De standaardovereenkomsten³⁶ voor dit soort transacties eisen niet alleen de vestiging van zekerheidsrechten, maar ook de overdracht van eigendom.³⁷ Ook de richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten en het wetsvoorstel ter uitvoering daarvan gaan bij deze transacties uit van het gebruik van overdracht tot zekerheid.³⁸ Terwijl het fiduciaverbod zekerheidsoverdracht beoogt te verbieden.

Het voorbeeld van de financiëlezekerheidsovereenkomst laat tevens zien dat het – in Sogelease in stand gehouden – onderscheid tussen eigendom en beperkte rechten vervaagt. Standaardovereenkomsten bij financiëlezekerheidsovereenkomsten voorzien in de regel in een gebruiksrecht voor de zekerheidsnemer, ook wanneer de grondslag van de financiële zekerheid de vestiging van een zekerheidsrecht is in plaats van de overdracht van eigendom.³⁹ Dit gebruiksrecht houdt in dat de zekerheidsnemer gedurende de looptijd van de transactie over de goederen kan beschikken. Daarmee vervaagt het in ons recht fundamentele onderscheid tussen eigendom en beperkte zekerheidsrechten.⁴⁰ Het gebruiksrecht geeft een schuldeiser met een *zekerheidsrecht* immers de bevoegdheid om over de verbonden goederen te beschikken als ware hij *eigenaar*, zonder dat hij dit doet met het oog op verhaalsuitoefening.

Het onderscheid tussen eigendom en beperkte rechten vervaagt door de financiëlezekerheidsovereenkomst ook op andere punten. Zo geven de artt. 3:250 en 3:251 BW regels met betrekking tot de uitwinning van goederen en verbiedt art. 3:235 BW het toe-eigenen van verbonden goederen, terwijl de zekerheidsnemer bij een financiëlezekerheidsovereenkomst de effecten zelf mag verkopen, toe-eigenen, kortom erover mag beschikken.⁴¹

Leaseconstructies en financiëlezekerheidsovereenkomsten illustreren dat constructies het goederenrecht binnendringen die er eigenlijk niet in passen. Datzelfde kan worden gesteld van het in 1996 in werking getreden ‘Haags trustverdrag’. Dit verdrag, uitgewerkt in de Wet Conflictenrecht Trusts, creëert ruimte voor de erkenning van trusts, dat wil zeggen afgescheiden vermogens die voor een bepaald persoon of doel zijn bestemd. Het afgescheiden vermogen dat deze rechtsfiguur meebrengt laat zich mogelijk moeilijk verenigen met de door het fiduciaverbod getroffen zekerheidsoverdrachten.⁴² Het doel van een trust is immers om eigendom over te dragen *ter zekerheid* van een bepaald doel of ten behoeve van bepaalde personen.

³⁶ In internationaal verband zijn standaardovereenkomsten vastgesteld zoals de Global Master Repurchase Agreement.

³⁷ T.R.M.P. Keijser, a.w., p. 168 (noot 35). Zie ook oratie W.A.K. Rank, *De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk* (oratie Nijmegen), Deventer: Tjeenk Willink 1998 over de behoefte van de internationale financieringspraktijk aan de eigendomsoverdracht tot zekerheid. In internationaal verband zijn standaardovereenkomsten vastgesteld zoals de Global Master Repurchase Agreement.

³⁸ Richtlijn nr. 2002/47/EG Pb nr. L168 p. 43, 2002/06/27, m.n. art. 6. Zie over de achtergronden en inhoud van deze richtlijn W.F. Mulder, ‘EU-richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten bevordert werking financiële markten, *TvI* 2003-1, p. 20-23. Over de uitvoering van de richtlijn (wetsvoorstel 28 874), zie V.P.G. de Seriere, ‘De financiëlezekerheidsovereenkomst een nieuwe ster aan ons goederenrechtelijk firmament’, *Ondernemingsrecht* 2004-3, p. 68 e.v.

³⁹ T.R.M.P. Keijser, a.w., p. 169 en p. 175 (noot 35) en art. 5 van de richtlijn.

⁴⁰ T.R.M.P. Keijser, a.w., p. 176 (noot 35).

⁴¹ T.R.M.P. Keijser, a.w., p. 182 (noot 35) en art. 5 van de richtlijn.

⁴² Bijv. C.D. van Boeschoten, ‘Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief’, *Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 37-39 en R.D. Vriesendorp, ‘Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag’, idem, p. 50-54.

Overigens komen trusts niet alleen ‘van buiten’, maar zijn er ook voorbeelden van ‘Nederlandse trusts’. Het betreffen de reeds genoemde derdenrekeningen met een afgescheiden vermogen, zoals de notariële kwaliteitsrekening, de derdenrekening voor gerechtsdeurwaarders en de Stichting Derdengelden van advocaten. Ook voor deze rechtsfiguren geldt dat zij op gespannen voet met het fiduciaverbod staan.

De conclusie die uit het voorgaande volgt, is dat het voorzien in de wensen van de financieringspraktijk meebrengt dat het goederenrecht onder druk komt te staan. Het tegemoetkomen aan die behoeften betekent gemorrel aan het goederenrecht, in die zin dat wordt getracht bepaalde oplossingen een plaats te geven in een systeem waar het eigenlijk niet in past.

4.2 *De numerus clausus biedt geen adequate bescherming*

Behalve dat constructies het goederenrecht onder druk zetten, blijkt de numerus clausus geen adequate bescherming te bieden aan de belangen van personen die niet bij een oplossing met goederenrechtelijke gevolgen zijn betrokken. Het gevolg is dat rechters zoeken naar een aanvullend of alternatief beoordelingskader waarmee zij menen die belangen wél op een adequate wijze te kunnen beschermen. Dit beoordelingskader bestaat meestal uit zorgplichten.⁴³ Hierna geven wij een aantal voorbeelden waarin zorgplichten als aanvullend of alternatief beoordelingskader dienen, waarbij wij vooraf opmerken dat het niet onze bedoeling is te beoordelen of die zorgplichten al dan niet en op die wijze toepassing behoren te vinden. Met de voorbeelden beogen wij slechts de tendens te laten zien waarom de rechter, in het bijzonder de Hoge Raad, zoekt naar een aanvullend of alternatief beoordelingskader.

Laten wij beginnen met het geven van twee voorbeelden waarin zorgplichten dienen als een *aanvullend beoordelingskader*. Het *eerste* betreft de – zoals dat wordt geduid – aansprakelijkheid wegens het wekken van de schijn van kredietwaardigheid. Dit gevaltype komt erop neer dat een moedermaatschappij of een bank niet zodanig mag handelen dat bij schuldeisers van de dochter danwel kredietnemer de indruk wordt gewekt dat zij met een kredietwaardige wederpartij van doen hebben.⁴⁴ Een moedermaatschappij of een bank dient dus bij het verlenen van krediet en het vestigen van zekerheidsrechten (en nadien) rekening te houden met verhaalsbelangen van crediteuren van de dochter danwel de kredietnemer. Deze zorgplicht vult de bescherming aan die de numerus clausus biedt. De omstandigheid dat het voor schuldeisers kenbaar is dat kredietgevers zekerheidsrechten (kunnen) bedingen, is blijkbaar onvoldoende om verhaalsbelangen van schuldeisers op een adequate wijze te beschermen.

Een *tweede* voorbeeld dat laat zien dat zorgplichten de bescherming van de numerus clausus aanvullen, is de wijze waarop de (on)geoorloofdheid van een conservatoir beslag wordt beoordeeld.⁴⁵ Die dient te worden beoordeeld

Anders M.E. Koppenol-Laforce, Het Haagse trustverdrag (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, p. 174-177, die onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis stelt dat de wetgever ‘buitenlandse trusts’ niet heeft willen verbieden.

⁴³ Wij gebruiken het begrip zorgplicht in de zin van rekening houden met belangen van anderen.

⁴⁴ Bijv. HR 20 maart 1959, *NJ* 1959, 581 (*Erba*); HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443 (*Osby*); HR 21 december 2001, *JOR* 2002, 38 (*Hurks/Sobi*). Uitgebreider N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom 2004, p. 144-149.

⁴⁵ De numerus clausus beoogt hier geen bescherming aan derden te bieden, maar wel aan personen die geen partij zijn geweest bij de handeling – het leggen van beslag.

‘aan de hand van de concrete omstandigheden ten tijde van de beslaglegging, waaronder de hoogte van de te verhalen vordering, de waarde van de beslagen goederen en de *eventueel onevenredig zware wijze waarop de schuldenaar door het beslag op een van die goederen in zijn belangen wordt getroffen* [onze curs.]’.⁴⁶

Ook hier biedt de *numerus clausus* kennelijk onvoldoende bescherming om het versterken van verhaalsposities adequaat te beoordelen. Hoewel het voor iedere schuldenaar kenbaar is dat zijn schuldeisers beslag kunnen leggen op zijn vermogen en hoewel iedere schuldeiser de bevoegdheid heeft om beslag te leggen, heeft de beslagleggende schuldeiser toch rekening te houden met de belangen van de schuldenaar op wiens goederen hij beslag wenst te leggen.

Niet alleen kunnen zorgplichten de functie van een aanvullend beoordelingskader vervullen, daarnaast dienen ze soms als een *alternatief beoordelingskader*. Ze doorbreken of vervangen de bescherming die de *numerus clausus* biedt. Opnieuw twee voorbeelden.

Het *eerste* voorbeeld is de gedachte dat een faillissementscurator niet alleen rekening dient te houden met belangen van schuldeisers, maar ook met belangen van maatschappelijke aard.⁴⁷ Om deze gedachte vorm te geven, is het goederenrecht als gezegd niet geschikt. Het wettelijk preferentiestelsel dwingt de curator het vermogen van de gefailleerde te verdelen onder de crediteuren, wat betekent dat hij preferenties van individuele schuldeisers niet mag laten wijken voor maatschappelijke belangen. De Hoge Raad hanteert daarom een ander beoordelingskader, te weten de zorgplicht van de curator. Dit beoordelingskader maakt het mogelijk maatschappelijke belangen als gerechtvaardigd belang te erkennen, maar heeft een inbreuk op de *numerus clausus* tot gevolg omdat voorrang of voorrechten van anderen opzij worden gezet.

Ook Ontvanger/Hamm q.q.⁴⁸, het *tweede* voorbeeld, is een geval waarin de Hoge Raad niet de in faillissement geldende rangorde, maar de zorgplicht van de curator als beoordelingskader gebruikt:

‘het [is] in overeenstemming met hetgeen in het maatschappelijk verkeer als betamelijk wordt beschouwd indien hij [de faillissementscurator] meewerkt aan het ongedaan maken van die vergissing’ (r.o. 3.4).

Ook nu betekent de uitkomst een inbreuk op de *numerus clausus*. Door de kwalificatie als ‘superboedelschuld’ kent de Hoge Raad aan de per vergissing betalende schuldeiser immers een niet in de wet vastgelegde voorrang toe.

4.3 Conclusie

De praktijk laat zich niet dwingen tot het bestaande goederenrechtelijk systeem. Zij heeft behoefte aan constructies die op gespannen voet staan met de uitgangspunten van het bestaande goederenrecht, zoals het fiduciaverbod en het onderscheid tussen eigendom en beperkte rechten. Voorts blijkt uit rechtspraak dat de *numerus clausus* in een aantal gevallen geen adequate bescherming biedt en dat rechters die bescherming

⁴⁶ HR 24 november 1995, NJ 1996, 161 (*Tromp/Regency*).

⁴⁷ HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 (*Sigmacon II*). Verg. HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 (*Macclou/Prouvost*).

⁴⁸ HR 5 september 1997, NJ 1998, 437 (*Ontvanger/Hamm q.q.*).

aanvullen of vervangen door zorgplichten als beoordelingskader te hanteren. Kortom, het goederenrechtelijk bouwwerk staat aan alle kanten onder druk.

5. ...en dus moet de aandacht uitgaan naar de ‘moet het’-vraag

Nu de fundamenteën van het goederenrecht corroderen, heeft het weinig zin om de discussies vooral toe te spitsen op de vraag of een oplossing ‘kan’. De aandacht voor de ‘kan het’-vraag veronderstelt als gezegd dat het bestaande goederenrecht op adequate wijze kan voorzien in de behoeften van de praktijk. Het blijkt echter dat, door te voldoen aan de eisen die de praktijk stelt, het goederenrechtelijk stelsel onder druk komt te staan. Het heeft daarom weinig zin om krampachtig aan het bestaande goederenrechtelijk systeem vast te houden. Het heeft volgens ons evenmin zin om de *numerus clausus* te handhaven en tegelijkertijd allerlei oplossingen in het goederenrechtelijk stelsel te proppen die daar eigenlijk niet of moeilijk in passen.

Door het handhaven van het bestaande goederenrechtelijk stelsel en het zich blijven richten op de vraag of een oplossing ‘kan’ zal, naar wij menen, de geschiedenis zich herhalen. Het vasthouden aan het systeem van het goederenrecht zal er steeds vaker toe leiden dat het niet kan voorzien in en voldoen aan de behoeften van de praktijk. En was dit niet precies de kritiek op het 19^e eeuwse legisme?⁴⁹

Om te voorkomen dat het goederenrecht de aansluiting met de maatschappelijke werkelijkheid verliest, dienen discussies over goederenrechtelijke vraagstukken op een andere wijze te worden gevoerd. Debatten dienen zich meer te richten op de ‘moet het’-vraag en dat betekent dat het bestaande goederenrecht en haar uitgangspunten ter discussie dienen te worden gesteld. De ‘moet het’-vraag dwingt tot het evalueren, toetsen en mogelijk herijken van de grondslagen van het goederenrechtelijk systeem. Men dient zich af te vragen wat die grondslagen zijn, waarom ze er zijn, of ze er behoren te zijn en zo ja, of het huidige goederenrecht een goede uitwerking is van die grondslagen. Die aspecten blijven onderbelicht wanneer de aandacht louter uitgaat naar de ‘kan het’-vraag.

De discussies over de grondslagen van het goederenrecht dienen, in tegenstelling tot deze bijdrage, niet beperkt te blijven tot de *numerus clausus* en het onderscheid tussen zekerheidseigendom en zekerheidsrechten, kortom, tot verhaalsposities. Want er zijn meer ontwikkelingen die het goederenrechtelijk stelsel onder druk zetten. Hoe bijvoorbeeld om te gaan met de contractualisering van en de open normen in het goederenrecht?⁵⁰ Of met de dematerialisering van het begrip ‘eigendom’, welk begrip door onder meer ontwikkelingen in het ICT-recht wellicht een andere invulling verdient?⁵¹ En wat te doen met het vervagende onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht? Aan overeenkomsten is en wordt immers, ondanks het relativiteitsbeginsel, steeds vaker derdenwerking toegekend, terwijl die derdenwerking kenmerkend is voor goederenrechtelijke rechten.

⁴⁹ Bijv. P.C. Kop, *Legisme en privaatrechtwetenschap*, Deventer: Kluwer 1999, p. 45 e.v.

⁵⁰ Hierover S.E. Bartels en J.M. Milo (red.), *Open normen in het goederenrecht*, Den Haag: Boom 2000.

⁵¹ Hierover Bart van Klink, Corien Prins en Willem Witteveen, ‘Het conceptuele tekort’, in: Rick van der Ploeg en Chris Veenemans, *De invloed van ICT op maatschappij en overheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press Salome 2001, p. 114-117.

Wat de gevolgen zijn indien de aandacht naar de ‘moet het’-vraag uit zal gaan, kunnen wij niet precies overzien – daar is veel en fundamenteel onderzoek voor nodig. Maar het is mogelijk dat ze verstrekkend zijn en het goederenrecht op een aantal punten ingrijpend zullen wijzigen.

Wij denken dat een aantal gevolgen en vragen voor de hand liggen. Zo zal het goederenrecht waarschijnlijk (verder) worden geflexibiliseerd. Het instrumentele karakter van het goederenrecht vereist immers een goederenrecht dat kan voorzien in de behoeften van de praktijk en daar tegelijkertijd paal en perk aan kan stellen. Deze flexibilisering betekent een relativering, of zelfs het einde van de *numerus clausus*. Constructies die zich in de financieringspraktijk aandienen en ‘moeten’, dienen immers te worden toegelaten en toegestaan.

Wij verwachten eenzelfde relativering van het wettelijk preferentiestelsel. Weliswaar is een rangorde op basis waarvan een vermogen dient te worden verdeeld zeer wenselijk – het geeft een weerslag van een vooraf gemaakte en democratisch gelegitimeerde afweging van diverse bij een concursus betrokken belangen – maar er blijven altijd (schrijnende) gevallen waar tevoren niet aan is gedacht. Willen deze gevallen alsnog inpassing in het systeem verdienen, dan kan dat alleen wanneer het goederenrecht dat toelaat, dat wil zeggen, wanneer het goederenrecht voldoende flexibel is.

Inspiratie voor de beantwoording van de ‘moet het’-vraag kan aan diverse inzichten worden ontleend, waarbij wij met name denken aan rechtsvergelijking, zowel interne als externe. Hoe worden de bij een oplossing betrokken belangen bijvoorbeeld in rechtsstelsels zonder danwel met een *numerus clausus* gewaarborgd? En hoe gaat men in het ICT-recht om met begrippen als eigendom, bezit en overdracht? Wellicht dat die andere rechtsstelsels en disciplines andere, nieuwe en betere beoordelingsmaatstaven en gezichtspunten aandragen waarmee oplossingen adequaat kunnen worden beoordeeld.

Voorts kan bij de beantwoording van de ‘moet het’-vraag in een aantal gevallen aansluiting worden gevonden bij vergelijkbare gevallen die reeds in het recht zijn geregeld. Daar zou bijvoorbeeld uit kunnen volgen dat leaseconstructies moeten kunnen worden toegestaan mits overbedeling wordt voorkomen. Of dat leasemaatschappijen, in navolging van de *Erba*-, *Osby*- en *Sobi/Hurks II*-arresten⁵², wanneer zij uitvoering geven aan een ‘sale and lease back’-constructie, rekening dienen te houden met de belangen van schuldeisers van de lessee.

Bij die vergelijkingen zouden zorgplichten, die thans soms al als een aanvullend of alternatief beoordelingskader dienen, een rol kunnen spelen. Zorgplichten lijken daar als theoretisch kader in het bijzonder voor geschikt, omdat zij feitelijk neerkomen op het beantwoorden van de vraag welke belangen gerechtvaardigd zijn en hoe ze tegen elkaar afgewogen dienen te worden.

6. Tot besluit

Wij hebben voor ogen dat onderzoeksprojecten zich in de (nabije?) toekomst op hiervoor beschreven en andere fundamentele goederenrechtelijke thema's gaan richten. Ook hopen wij op artikelen van dien aard. Een essentiële voorwaarde voor het laatste is een forum waarin deze discussies kunnen worden gevoerd, dat wil zeggen

⁵² HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514 (*Erba*); HR 15 september 1981, *NJ* 1982, 443 (*Osby*); HR 21 december 2001, *RvdW* 2002, 6 (*Sobi/Hurks II*).

discussies over de wenselijkheid van een constructie, handeling of instrument. Dat betekent niet alleen het signaleren van ontwikkelingen in theorie en praktijk, maar vooral ook het voeren van inhoudelijke en theoretische debatten. Als een van de weinige tijdschriften die zich op de insolventie- en goederenrechtelijke markt richt, hopen wij dat TvI ons in de toekomst veel van deze debatten voorschotelt. Een actieve en stimulerende redactie is daarbij onmisbaar: feit blijft dat het moeilijker is om kritisch over het bestaande recht na te denken dan om zich erop te beroepen.